

A FORÇA DA SENTENÇA JUDICIAL

Suzete Ferrari Madeira Martins, Juíza de Direito, titular do Juizado Civil e Criminal da Comarca de Lagarto/SE. Mestranda em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: Introdução; 1 – A força da sentença judicial pela coerção; 1.1- Realce sobre a Teoria da coerção no período jusnaturalista; 1.1.1 – Thomas Hobbes; 1.1.2 – Christian Thomasius; 1.1.3- Emmanuel Kant; 1.1.4 – Jhon Austin; 1.1.5- Rudolfo Von Jhering; 1.2 – A teoria moderna da coerção segundo Kelsen e Ross; 2 – A força da sentença judicial pela legitimação: enfoque pós-positivista; 2.1 – A tópica na visão de Theodor Viehweg; 2.2 – A nova retórica e a teoria da argumentação em Chäim Perelmam e Tyteca; 3- Conclusão.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho procuraremos demonstrar a força da sentença judicial, tanto no seu aspecto dogmático analítico como norma jurídica, bem como dentro da teoria dogmática da argumentação jurídica, sempre numa visão da representação da sentença como poder jurídico exercido pelo controle estatal.

Com o surgimento do Estado, já no direito romano, ele próprio chama para si a função de dizer o direito, a missão de resolver os conflitos internos da sociedade, de modo a restabelecer a paz social abalada com as desavenças. Destarte, o Estado moderno passa a ter o monopólio da função de prestar a jurisdição - entre outras, de administrar e legislar - como garantidora dos direitos individuais e coletivos.

A jurisdição é exercida pelo Estado através dos juízes - magistrados - que recebem do Estado, por delegação, o poder de julgar, de decidir os conflitos no caso concreto. A contenda é resolvida através do procedimento posto pelo órgão legislador e aceito pelas partes litigantes, bem como por todos aqueles que intervêm no processo. O resultado da demanda culmina na decisão motivada do juiz, a qual tem legitimidade legal, vez que é submetida ao devido processo legal.

Assim, a sentença judicial é reconhecida pela doutrina dogmática como norma jurídica individual¹ e se classifica dentro de diferentes critérios tópicos em relação à sintaxe, à semântica e à pragmática.² Dentro do critério sintático de relevância, a sentença judicial ocupa o posto da primariedade – ótica atual da classificação das normas jurídicas - uma vez que tem por objeto a própria ação, ou ainda, entendida como norma de conduta.³ Contudo, em relação a sua subordinação - expressão usada para distinguir norma-origem e norma-derivada⁴ - a sentença encontra seu lugar dentro das normas derivadas, pois esta remonta a uma norma-origem. Quando o juiz decide por equidade, embora ele crie o direito, a sentença produzida – norma jurídica – teve alicerce em uma norma-origem, isto é, ancorou-se em outra norma para dar sustentação a sua existência. No caso do Direito brasileiro, a permissão para se decidir por equidade está prevista no artigo 127 do Código de Processo Civil.

Quanto ao seu critério semântico, a sentença pode ser classificada em relação ao destinatário, à matéria, ao tempo e ao espaço.⁵ A sentença, de modo geral, tem caráter individual, como acima já mencionamos, pois obriga apenas os sujeitos dos processos. Entretanto, pode ocorrer que seu efeito tenha alcance geral, a depender do seu conteúdo material *facti species*, isto é, particularidade do fato. Exemplo no direito brasileiro são as decisões prolatadas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Tais decisões a todos alcançam, têm efeito *erga omnes* e seu caráter geral vincula até aqueles sujeitos que não participaram do processo.

A sentença judicial, como norma jurídica, preenche o caráter pragmático trazido na força de incidência, isto é, a vinculação dos sujeitos. Todavia não escapam do critério injuntivo, pois serão nulas ou anuláveis se contrariarem expressa disposição legal.⁶

¹A este propósito citamos Hans Kelsen, “O Direito inclui normas individuais, i.e., normas que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação irreparável e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser aplicadas apenas uma vez. Tais normas são “Direito” porque são partes de uma ordem jurídica como um todo, exatamente no mesmo sentido das normas gerais com base nas quais elas foram criadas. Exemplo de tais normas particulares são as decisões dos tribunais, na medida em que sua força de obrigatoriedade seja limitada ao caso particular em questão.” *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 53.

²FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2001, p.121.

³ Id. Ibid., p.122.

⁴ Id. Ibid., p.122.

⁵ Id. Ibid., p.123.

⁶ Id. Ibid., p. 126

Assim, estando a sentença judicial devidamente caracterizada como norma jurídica, cuidaremos, neste trabalho, apenas do aspecto da sua força, analisando-a pelo seu viés filosófico, que será abordado levando em conta não apenas a coerção normativa, mas também a legitimação pública.

Com base nestes parâmetros, discorreremos sobre a força da sentença judicial sob dois prismas do Direito: pela coerção e pela legitimação.

1- A FORÇA DA SENTENÇA JUDICIAL PELA COERÇÃO

Para melhor compreensão da força coercitiva da sentença, faremos uma breve regressão histórica para efeitos elucidativos.

Se nos reportarmos ao direito primitivo, verificaremos que a defesa do direito subjetivo era exercida pelo próprio titular do direito, ou através dos seus familiares, praticando-se, assim, a autodefesa. Esta prática da justiça privada, por meio da autodefesa, era fonte geradora de injustiça, de intranquilidade e de insegurança.

Com o decorrer do tempo, a defesa dos direitos passou a ser exercida pelo chefe do grupo, pelo conselho de anciãos ou pelos chefes de família. Mais tarde, ainda, esta defesa foi transferida para a pessoa do rei e por fim, gradativamente, com o surgimento do Estado. Desde o Direito Romano, a justiça privada passou a ser pública e o Estado assumiu o poder jurisdicional, dirimindo os conflitos sociais internos, restabelecendo a ordem e a paz. A justiça privada passou, então, a ser considerada ato ilícito.

Segundo Norberto Bobbio, o positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir freqüentemente “o direito em função da coação”, uma vez que vê a coação como sendo um “elemento essencial e típico do direito”⁷, isto é, somente a norma com força coativa pode ser considerada norma jurídica.

O homem, por ser racional, deve ajustar a sua conduta aos preceitos legais. Entretanto, este comportamento de adesão espontânea não se verifica comumente. Nasce, então, a necessidade de o Direito ser dotado de um mecanismo de coerção em que o elemento força se apresenta em modo latente, apto a ser acionado em dadas circunstâncias. Isso nos leva à organização social - o Estado - que possui essa força de modo eminente e exclusivo. Portanto, para Bobbio, definir o direito em função da coerção significa considerar o direito do ponto de vista do Estado, logo, a definição coercitiva se assenta “numa concepção estatal do direito”⁸.

⁷ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.147.

⁸ Id. Ibid., p.147.

1.1– CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA COERÇÃO NO PERÍODO JUSNATURALISTA:

1.1.1– THOMAS HOBBS:

Essa concepção de considerar o direito do ponto vista da coerção, nasce contemporaneamente com a formação do Estado moderno, já no século XVII e foi teorizada por Thomas Hobbes⁹ ao afirmar que a criação do Estado está na necessidade de se exercer um controle sobre a natureza humana. Natureza esta que Hobbes entende como o desejo incessante de poder, *homo hominis lupus*, o que inviabiliza a vida em estado de natureza, forçando o ser humano a buscar saídas. A criação do Estado, sendo uma decisão racional, viabiliza a troca da liberdade ilimitada do estado de natureza, por uma liberdade controlada, porém com segurança existente no estado de sociedade.

Para Hobbes, portanto, o Estado nasce com uma restrição imposta pelo próprio homem, que é fazer cessar a luta de uns contra os outros, controlando-se as paixões naturais, pela coerção do Estado.¹⁰

1.1.2– CHRISTIAN THOMASIIUS:

Não se tem data precisa da definição coercitiva do direito. Porém, tradicionalmente, indica-se Christian Thomasius, um dos grandes expoentes jusnaturalistas, que viveu na Alemanha no final do século XVII ao início do século XVIII, o qual atribuiu nova distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum*.¹¹

Os romanos distinguiam as normas entre as que se faziam valer e as que não se faziam valer pela coerção, era o *jus perfectum* e *jus imperfectum*. Como direito perfeito, entendia-se aquele que podia ser aplicado, também, pela coerção, através da força. O direito imperfeito era entendido como aquele que não podia ser aplicado pelo meio da força, significando dizer que o uso da força, nestes casos, seria ilegítimo. Exemplo do primeiro – direito perfeito – seria o *pacta sunt servanda*, norma jurídica fundamental. Desta forma, a justiça executora, exercida através do Estado, permitia ao sujeito a faculdade de exigir de outrem um direito que lhe

⁹ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p.147.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. São Paulo: ed. Abril Cultural, 1979.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p.148

pertencia. Exemplo do segundo – direito imperfeito - seria o direito da pessoa pobre de receber da pessoa rica uma esmola. O dever do rico diante do pobre - dar esmolas - é puramente moral, isto é, obriga somente a consciência deste, não possui garantia estatal, uma vez que impunha a um sujeito um dever, mas não impunha ao outro a faculdade de poder exigí-lo perante o Estado.

Na tradição do jusnaturalismo, a diferença entre *jus perfectum* e *jus imperfectum*, foi seguida de modo constante e a distinção entre eles centra-se no uso da força. Somente a norma coercitiva era considerada norma perfeita, o que significa dizer, que para a perfeição da lei era necessário que se colocasse no preceito legal meios de atuação sobre os indecisos.¹²

Christian Thomasius não nega a diferença entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* quanto a individualização dos dois tipos de normas, entretanto afirma que não se pode qualificar como direito o *jus imperfectum*, uma vez que estas são normas pertencentes àquelas que dizem respeito a esfera ética e que somente o *jus perfectum* é direito, pois este é constituído unicamente por normas com valor coercitivo, reunindo, assim, de modo definitivo, a noção do direito com a noção de coação.¹³

Segundo Thomasius, só é direito o *jus perfectum*. O *jus imperfectum* pertence ao âmbito da ética. Para tanto, separou as atividades práticas da conduta do homem em três categorias: *justum*, *honestum* e *decorum*. O direito refere-se a esfera do *justum*, cuja função é evitar a guerra e garantir a ordem; ao *honestum* e *decorum* atribui-se as ações que o homem realiza para cumprir um dever consigo mesmo, ou um dever para com os outros sujeitos. A função do *honestum* é evitar vícios e imperfeições pessoais. A função do *decorum* visa assegurar a solidariedade humana e social. Para o Autor, o direito se distingue das normas éticas e regula “as ações externas e intersubjetivas”. A exterioridade distingue o direito das normas do *honestum*, porque este regula as ações internas e interessa ao próprio sujeito-agente. A intersubjetividade distingue as normas jurídicas das normas do *decorum*, porque somente as normas jurídicas regulam ações intersubjetivas, enquanto que as normas de *decorum* regulam ações externas, mas lhe falta a relação de reciprocidade. Assim, conclui Bobbio, analisando o pensamento de Thomasius, “O que distingue o direito das outras normas é que só o direito pode fazer valer mediante a força, a qual, pelo contrário, não é compatível com as ações referentes ao *honestum* e o *decorum*.”¹⁴

¹² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim. 2000, p. 122.

¹³ Id. *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op. cit., p.149

¹⁴ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op. cit., p.150

O direito sendo composto de obrigações externas contrapõe-se às obrigações internas determinadas pela moral. Por tal razão, as obrigações jurídicas são impostas pela coerção, que é exercida pelo poder público, enquanto os deveres da moral obrigam somente a consciência do sujeito. Thomasius ao separar norma coercitiva da não coercitiva, deu início à distinção moderna entre a moral e o direito. A partir de Thomasius a distinção tornou-se clássica.¹⁵

1.1.3 - EMMANUEL KANT

Assumindo uma posição em relação à distinção elaborada por Thomasius, Kant afirma em sua obra intitulada *Doutrina do Direito – Noções preliminares sobre a Metafísica dos Costumes* - Uma Introdução à Teoria do Direito – letra D – “o direito é inseparável da faculdade de obrigar”. Vejamos, *ipsis litteris*:

A oposição ao obstáculo de um efeito é requerida por esse efeito e está em conformidade com ele. Ora, tudo o que é injusto contraria a liberdade, segundo leis gerais. A resistência é um obstáculo posto à liberdade. Logo, se algum uso da própria liberdade constitui um obstáculo à liberdade, está conforme à liberdade segundo as leis gerais (isto é, injusto), nesse caso a resistência que se lhe opõe, como se fosse destinada a fazer ceder o obstáculo à liberdade, está conforme à liberdade segundo leis gerais, isto é, que é justa: por conseguinte o direito é inseparável, segundo o princípio de contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício.¹⁶

O que se depreende da teoria de Kant é que, aquele que pratica um ato ilícito – injusto – abusa de sua liberdade e constitui um obstáculo à liberdade do outro. Nesse caso a resistência oposta – coerção – faz ceder o obstáculo da liberdade alheia. Então, segundo Kant, a coerção imposta é justa, porque está em conformidade com as leis gerais. Conclui o Autor afirmando que o direito é inseparável do princípio da contradição, isto é, da faculdade que tem o Estado de praticar uma não-liberdade – coação - para repelir o obstáculo à outra não-liberdade. Portanto uma dupla negação. Sendo a negação da negação uma afirmação, logo, a coerção é um ato justo, pois restabelece a liberdade da terceira pessoa lesada.

¹⁵ Id. Ibidem, p.151

¹⁶ KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini, 2.ed. São Paulo:Ícone, 1993, p. 47.

Ensina Norberto Bobbio, que um dos critérios de distinção entre moral e direito, do ponto de vista Kantiano, está fundado na diferença entre liberdade interna e liberdade externa; nascendo deste critério a característica do dever jurídico, que é a responsabilidade que um sujeito tem frente ao outro e o direito do outro de exigir o cumprimento desse direito. Já o dever moral, caracterizado pela sua interioridade, atua de modo que ninguém pode exigir que outro cumpra um dever, porque a obrigação do cumprimento de um dever é uma coação e quando um dever é cumprido somente pela coação, deixa de ser moral. Em sentido contrário, o dever jurídico, por ser externo, não impõe o cumprimento da ação pelo dever, mas sim em conformidade com o dever, significa dizer que ação imposta a um sujeito frente aos outros desperta em todos o direito de obrigar e o dever de cumprir por medo da coação. Segundo ainda o autor, para Kant, a moral e a coação são incompatíveis, logo direito e coação são perfeitamente compatíveis, uma vez que não existe no conceito de coação/coerção nada que seja incompatível com o conceito do dever externo da legalidade, mas sim a coação é necessária ao cumprimento do dever jurídico.¹⁷ Para Kant, portanto, a noção de direito está fundada na liberdade externa.

Uma breve exposição acerca do pensamento de Kant, no tocante a diferença estabelecida pelo teórico sobre deveres jurídicos e deveres morais, pensamos ser oportuna, neste momento, para fins elucidativos. Kant, na sua obra *Doutrina do Direito, Introdução à Metafísica dos Costumes*, separa legislação ética e legislação jurídica por meio do conceito da motivação. Para ele, tanto as leis morais como as leis jurídicas estão sujeitas à coerção e o critério diferenciador entre ambas é a motivação. Para Kant, é própria da legislação jurídica, a coerção externa, isto é, o cumprimento de um dever que se pode obrigar é distinto da autocoação, própria da legislação ética, na qual não se pode obrigar a um dever. No cumprimento de um dever jurídico, existe uma motivação externa (coerção externa); no cumprimento de um dever ético existe uma motivação interna (autocoerção). O ato que se cumpre simplesmente pelo impulso do dever é um ato moral; aquele que se cumpre, não por um impulso do dever, mas por estar em conformidade com a lei é um ato jurídico. A legislação jurídica pode ser interna e externa, mas a legislação moral só pode ser interna. Entretanto, a legislação interna considera também todos os deveres como morais.¹⁸

Assim, na doutrina Kantiana, existe perfeitamente compatibilidade entre as noções de direito e de coação e da necessidade da coação para a realização do direito.

¹⁷ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. op.cit., p. 123.

¹⁸ KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. Op.cit., pp. 30/33

É oportuno ressaltar, ainda, em Kant, um apêndice à introdução do direito, em que o Autor cita dois casos interessantes, em que a coerção não está vinculada à noção de direito, por se tratar de direito equívoco (*jus e aequivocum*), pois provém da confusão entre princípios objetivos e subjetivos, do exercício do direito na presença da razão e da justiça. Diz o Autor que todo o direito em sentido estrito (*jus strictum*) está acompanhado da faculdade de obrigar. Entretanto, pode-se conceber outro direito no sentido lato (*jus latum*) que, em relação a esse, a lei não pode determinar a faculdade de obrigar, é o caso da equidade (*aequitas*) e o direito de necessidade (*jus necessitatis*).¹⁹

1.1.3- JOHN AUSTIN E RUDOLFO VON JHERING

A partir do século XIX a doutrina da natureza coercitiva do direito é inteiramente alastrada no mundo jurídico,²⁰ podendo ser citados vários autores a exemplo de Austin, Jhering, Ross, Kelsen e outros, os quais defendem a idéia de abstrair do conceito de direito toda propriedade valorativa para tomá-lo com propriedade descritiva. John Austin alicerça seu pensamento no direito como norma, como comando emanado do soberano. Cada comunidade política, comandada por um soberano, uma pessoa ou um grupo determinado, a quem, habitualmente, os demais obedecem. As normas jurídicas desta comunidade são

¹⁹ No que diz respeito à equidade, ensina Kant, que esta admite um direito que não se pode obrigar - direito sem coação - não se tratando da exigência de um ato de benevolência da outra parte, mas um pedido fundado no próprio direito de quem pede, entretanto, faltam-lhe os requisitos necessários para que o juiz possa decidir conforme a sua petição. Portanto, as questões envolvendo casos de equidade não podem ser corrigidas por meio do direito, porque somente têm força no tribunal da consciência (*forum coeli*). No tocante ao direito de necessidade, assevera o Autor, consiste na faculdade moral de defender a própria vida, causando a morte de quem não provocou dano - coação sem direito. Trata-se da violência lícita, contra quem fez uso dela, o que é proibido pelo direito positivo. Observa Kant que, aquele que diante da iminência da morte, para salvar a sua própria vida teve que tirar a vida de outrem, não deve ser considerado inocente, mas sim impune, porque a ameaça de um mal inseguro (a sentença do juiz), não pode igualar ao temor de um mal seguro - a iminência de sua própria morte. Segundo Kant, esta impunidade, neste caso, é *subjetiva*, entretanto os doutores a tomam por *objetiva*, por uma legalidade. Fechando o pensamento sobre o direito de necessidade, o filósofo de Königsberg sinala uma máxima: "a necessidade carece de lei; todavia, não pode haver necessidade que torne a injustiça legal." KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. op.cit., pp. 50/53

²⁰ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito. op. cit., p.153

mandados gerais, emitidos pelo soberano como expressão do desejo de que os outros se conduzem de determinada maneira, respaldado pelo poder e pela vontade de fazer respeitar tal expressão, no caso de desobediência. Para Austin, segundo Dworkin, “la autoridad del derecho se funda exclusivamente sobre la capacidad y la voluntad del soberano de perjudicar a quienes desobedecen.”²¹

Jhering, seguindo a mesma corrente doutrinária, deu a ela grande contribuição com a sua obra *A finalidade do Direito* posicionando-se assim: “A organização social da coação, porém, significa o mesmo que Estado e Direito. O Estado é a sociedade como detentora da força de coação regulada e disciplinada. A quintessência dos princípios que o norteiam nesse sentido, a disciplina da coação, é o direito.”²² Afirmou, ainda, Jhering em célebre frase: “regra jurídica sem coerção é uma contradição em si, é fogo que não queima, uma luz que não ilumina”. Essa obra, elaborada com o escopo de apresentar definitivamente o seu pensamento, é onde Jhering focaliza o papel preponderante da coação na definição do direito, ganhando existência no Estado. “O direito é a forma que reveste a garantia das condições vitais da sociedade, fundadas no poder coercitivo do Estado (op.cit., vol. I, p. 441).”²³ Segundo Norberto Bobbio, a definição de coação assinalada por Jhering liga indissolivelmente três elementos: direito, coação e Estado.²⁴ Ainda, Bobbio cita outra definição de Jhering que diz respeito ao Estado: “O poder (*Genval*) pode em caso de necessidade estar sem o direito... O direito sem poder é um nome vazio sem realidade, porque só o poder, que realiza a norma do direito, faz do direito o que ele é e deve ser (op.cit.vol.I.p.253).” Assim, Jhering define o Estado como instituição detentora do poder coativo, sendo que o direito sem esse poder seria um nome inútil. Desta forma, a coação como elemento do conceito de direito passa a ser opinião comum entre os filósofos contemporâneos, podendo ser encontrada nas obras de Del Vecchio e Carnelutti.²⁵

Apesar do triunfo dessa teoria, afirma Bobbio, não lhe faltaram opositores, como do porte de Jellineck e Thon. A crítica se sustenta na vinculação da concepção estatal-legislativa defendida por ela e, ainda, por colocar na lei a fonte do direito. As objeções da crítica foram agrupadas por Bobbio, em três: 1ª) “a coação está ausente do *costume*”. Bobbio rebate essa objeção, afirmando que seu fundamento não é suficiente para negar a doutrina da coação, pois não exclui todo o ordenamento jurídico do uso da força, uma vez que apenas algumas regras poderiam ser cumpri-

²¹ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, tradução de Marta Gustavino, 2ª reimpressão, Barcelona: Editorial Ariel, 1995, pp. 66 a 68

²² JHERING, Rudolf Von, *A Finalidade do Direito*. Trad. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro. Ed.Rio,1979,pp. 166e 167

²³ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p. 154

²⁴ Id. Ibid., p.153.

²⁵ Id.Ibid., p.154.

das livremente pelo costume; 2ª) “refere-se ao *direito público e constitucional*”, ante a ausência de outros órgãos, que possam aplicar a coerção aos Órgão Supremos do Estados para regular suas atribuições e atividades; 3ª) diz respeito ao “*direito internacional*” por entenderem não existir meios para se fazer cumprir coercitivamente as regras disciplinadoras entre os Estados. Neste ponto, assevera Bobbio, que grande parte dos filósofos da teoria da coerção entende que o ordenamento internacional não possui juridicidade. Austin o considera “como moralidade positiva” e Carnelutti “como um direito *in fieri*, em embrião”.²⁶

A teoria clássica da coerção, segundo Bobbio, fundamenta a coerção como meio para fazer valer o direito.²⁷ Entretanto, Jhering, embora seja um defensor da teoria clássica, em dois pontos de sua teoria deixa adentrar o seu pensamento na teoria moderna: o primeiro quando define o Estado como organização detentora da força de coação e coloca a coação como objeto da norma jurídica e não como meio; o segundo, quando considera o destinatário da norma, não os cidadãos, mas os órgãos do Estado, aplicadores da norma.²⁸

1.2 - A TEORIA MODERNA DA COERÇÃO SEGUNDO Kelsen e ROSS

Com Kelsen, a teoria moderna da coerção passa a ser claramente definida, quando anuncia que a sanção não é um meio para a realização da norma jurídica, mas sim é o próprio objeto desta, isto é, elemento essencial de sua estrutura.²⁹

Para Kelsen, “o Direito é uma ordem coercitiva.” E, segundo o autor, a coerção é o elemento comum que justifica um conceito de direito para todas as ordens sociais, uma vez que o Direito é uma “técnica social” própria da ordem coercitiva que ‘consiste em obter uma conduta social desejada dos homens, através da ameaça de uma medida de coerção’.³⁰

A sanção posta como elemento necessário da estrutura da norma ou elemento essencial do Direito, na teoria Kelseniana, passa a ser contestada pelos doutrinadores com frequência, sob o prisma sociológico, com a argumentação de que a obediência à ordem jurídica, pelo homem, nem sempre tem como causa o medo da sanção, mas motivos outros. Essa foi a posição de *Eugen Ehrlich*, citado

²⁶ Id. BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p.154 e 155.

²⁷ Id. Ibid., p. 155.

²⁸ Id. Ibid., p. 156.

²⁹ Id. Ibid., p. 156

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*.. op.cit., p.27

por Kelsen.³¹ A essa crítica, responde Kelsen que a doutrina de Ehrlich é perfeitamente conciliável com a doutrina de que a coerção é elemento essencial do direito, uma vez que a motivação efetiva da conduta do homem não interessa à doutrina da coerção, o que a esta interessa é o seu conteúdo, isto é, o meio utilizado pela ordem jurídica para se obter uma determinada conduta, ou seja, “a técnica específica desta ordem”, sendo esta técnica que distingue o direito de outras ordens sociais.³²

Outra objeção a Kelsen foi a “*regressus ad infinitum*”. Alegaram seus opositores que, se para garantir a eficácia de uma norma que prescreve uma conduta é necessário outra norma que prescreva uma sanção, em caso de descumprimento da primeira, então seria inevitável uma série infinita de sanções “a fim de assegurar a eficácia de uma regra de enésimo grau, é necessário uma regra de grau $n+1$ ”. Assim, seria impossível garantir a eficácia de todas as regras jurídicas que impõem sanção.³³ A esta objeção Kelsen responde que “uma regra é uma regra jurídica, não porque a sua eficácia é assegurada por outra que prevê sanção”, mas sim “uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção”³⁴. Para Kelsen, a função da coerção não é garantir a eficácia de uma regra, mas sim o seu conteúdo. Segundo o Autor, a regra n é garantida pela regra de grau $n+1$, mas a regra $n+1$ não é garantida pela regra $n+2$, logo não existe uma regra garantindo a eficácia da regra $n+1$. Embora a regra $n+1$ não tenha garantia em uma regra $n+2$, todas são normas coercitivas.³⁵

Alf Ross, pessoa renomada dentro da escola realista do direito, defende a teoria da coerção formulada por Kelsen, asseverando: “Devemos insistir no fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que tais normas dizem respeito à aplicação da força e não que são protegidas por meio da força (*On Law and Justice*, p.53). Um sistema jurídico nacional é um sistema de normas que se referem ao exercício da força física (op.cit.p.52).”³⁶

Para Hans Kelsen e Alf Ross, integrantes da escola moderna, a coação é o objeto das normas jurídicas, ou seja, as normas jurídicas regulam o uso da força coativa numa sociedade. Portanto analisam a coação de maneira diferenciada da escola clássica de Kant e Jhering que a colocam como meio para fazer valer o direito. Com o direito regulando as forças coativas, sob ótica da corrente moder-

³¹ Id. KELSSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op.cit., p.35

³² Id. Ibid., p. 36 e 37

³³ Id. Ibid., p. 41

³⁴ Id. Ibid., p. 41

³⁵ Id. Ibid., p. 41

³⁶ Apud. BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op. cit, p. 157.

na, tem-se a passagem do estado de natureza – uso indiscriminado da força individual - para o estado civil. O exercício da força passa a ser exercido com restrições e delimitações pelo órgão monopolizador - o Estado - cabendo apenas este a sua aplicação. Tais restrições e delimitações do uso da força, tem o objetivo de reduzir ao mínimo o exercício arbitrário do Estado, estabelecendo-se critérios de quando, como e quanto deve ser aplicado.³⁷

Assim, na visão de Kelsen, o direito é coativo, no momento em que o uso abusivo da liberdade interfira, negativamente, na liberdade de outrem e a coação faz com que se intimide o sujeito, no sentido de não abusar de sua liberdade. Explica-se, destarte, a contradição existente entre o binômio liberdade/coerção.

Kelsen distingue moral e direito por meio da aplicação da *coerção*. A moralidade, segundo ele, limita-se a exigir que não se pratique um ato imoral. A reação vem da desaprovação moral da sociedade. O direito reage contra prática dos atos ilícitos pela coerção prescrita na ordem jurídica. A reação do direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem social organizada, ao passo que a ordem moral, não estabelece nenhuma reação contra o ato imoral.³⁸ Assim, para Kelsen, a diferença entre o direito e a moral está no elemento coerção existente no direito, isto é, aplicação de uma sanção em caso de conduta contrária.

Nesta ótica, para Kelsen, um ato ilícito é a condição de reação específica do direito, do ato de coerção. Os juízes, aqueles que têm competência para aplicar a regra direito, nos casos previstos em lei, pronunciam a sanção e esta tem sua validade e eficácia normativa se elaborada e promulgada em conformidade com a norma fundamental que determina as condições de funcionamento do Legislativo e Executivo.³⁹ Esta é uma construção semântica da escala piramidal idealizada por Kelsen. A norma fundamental não fornece nenhum conteúdo específico para as normas posteriormente ancoradas sobre ela, apenas é uma regra que determina a produção de normas, atribuindo poder a uma autoridade legislativa.

Ainda sob a visão positivista Kelseniana, o juiz, o legislador, o administrador – administrador indireto – possuem a autoridade necessária, seja para criar novas leis, seja para individualizar a norma geral no caso concreto, aplicando-as

³⁷ Id. Ibid., op.cit., p.157.

³⁸ Kelsen, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. op.cit., p.28

³⁹ Cf. texto traduzido do original por Ricardo R. Almeida, no âmbito da linha de pesquisa de retórica e teoria da argumentação do PET-JUR da PUC-RJ, no segundo semestre letivo 1993 – Publicado em PERELMAM, Chaim. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.

particularmente e, em todos estes casos, sua ação é criadora do direito. Assim, entende Kelsen, que o legislador não interpreta a Constituição, decide votá-las em virtude do poder legislativo dado pela Constituição. Desta mesma forma é o juiz, que ao aplicar a lei não tem o dever de dizer o seu sentido correto, mas prolatar sua sentença como juiz dentre as interpretações possíveis da lei. Conclui Kelsen que, deste modo, os atos do legislador e do juiz não são expressões do conhecimento do direito, mas um ato de vontade.⁴⁰

Denota-se dos estudos até aqui realizados que os motivos da sentença, isto é, a justificação que levou o juiz a decidir, deste ou daquele modo, dentro de um quadro de opções existentes na moldura da norma – visão Kelseniana – para o positivismo jurídico puro não tem nenhuma influência na sua legitimação ou eficácia, pois, segundo Kelsen, os motivos justificadores da sentença expostos pelo juiz não são atos jurídicos, mas sim atos políticos, logo não podem ser considerados como direito, de vez que não sendo atos jurídicos não vinculam e não coagem. Assim, as atividades jurisdicionais restam sempre presas ao sistema dinâmico de normas postas pelo Estado e a interpretação circunscrita a operações mentais através do método lógico-dedutivo, tendo como premissa maior a lei e a premissa menor o caso concreto, com objetivos fincados na segurança jurídica.

Deflui dos ensinamentos de Kelsen que a força de obrigatoriedade da sentença judicial está no seu caráter como norma, uma vez que, “por sua natureza, o Direito é norma”.⁴¹ Afirma ele, não são somente as normas gerais reconhecidas como Direito, pois as normas individuais são dotadas das mesmas “características essenciais do Direito”, portanto são normas jurídicas.

De tudo que se analisou até agora, depreende-se que a sentença judicial caracterizada como norma particular intersubjetiva dentro da dogmática analítica do direito, tem sua força emanada do poder de coerção da norma jurídica, elemento pelo qual o positivismo puro define como objeto da norma.

Não se pode negar que a sentença judicial com seu aguilhão executório tem peso valorativo de elevado grau no comportamento do indivíduo, levando-o a conduzir-se conforme os ditames da norma posta. Tanto isto é verificável, que a ordem social tem seu fundamento ideológico de paz, na conduta do sujeito, conforme a lei. Portanto, podemos concluir, que a força da sentença judicial, para a escola positivista, tem seu ápice na coercibilidade, uma vez que ela individualiza o sujeito e impõe o cumprimento da regra jurídica ante a transgressão legal, valendo dizer, a aplicação concreta da sanção.

⁴⁰ Id., Ibid.

⁴¹ HANS, Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op.cit., p.53

2 - A FORÇA DA SENTENÇA PELA LEGITIMAÇÃO: ENFOQUE PÓS-POSITIVISTA

Na segunda parte de nosso trabalho, traremos à baila um novo enfoque da doutrina pós-positivista, retomando as idéias racionalistas da tradição tópica aristotélica, a qual busca uma nova filosofia a cerca da metodologia jurídica que se contrapõe à tradicional postura formalista do direito de que o ordenamento jurídico basta a si mesmo. Abandonaremos a concepção puramente positivista, no aspecto lógico-formal da primeira parte, para focalizar a problemática da força da sentença judicial, também, através da legitimidade, numa perspectiva retórico-argumentativa do direito, dentro da visão da **tópica**, analisada precisamente sob o ângulo jusfilosófico pós-moderno do positivismo jurídico, teorizada especialmente por Theodor Viehweg e Chäim Perelman.

A Teoria Kelseniana do direito positivo busca o resgate da objetividade e da segurança jurídica, vez que constrói uma teoria que exclui do direito quaisquer elementos naturais – metafísico-valorativo. Nesta teoria, a atividade jurisdicional resta adstrita a raciocínios lógico-dedutivos, extraídos de um sistema dinâmico capaz de gerar normas individuais – sentença – em cada caso concreto. Contra esta atividade criadora do positivismo Kelseniano, insurgem-se várias correntes, apontando para as falhas do modelo lógico-dedutivo, as quais defendem a tese de que “o direito existe [...] na medida que é capaz de compor interesses”. Esta corrente denominada de pós-positivismo, põe fim ao predomínio da dogmática jurídica tradicional.⁴²

Após a segunda Guerra Mundial, com a ascensão das teorias socialistas de Hegel e Heidegger, bem como do sociólogo americano Talcott Parsons é que a discussão sobre conceito de direito como proposto por Kelsen, ganha relevo. Desenvolvem-se assim, novas teorias acerca das “dimensões lingüísticas da argumentação jurídica, sobre a fragilidade da construção axiomática da ordem jurídica e sobre a capacidade do processo de decisão de absorver as dimensões complexas da mudança social.”⁴³ Os fenômenos sociais modernos provocaram novos estudos sobre a linguagem comunicativa, especialmente na linguagem jurídica, as discussões contemporâneas do Estado democrático e a natureza da decisão judicial. Estes fatores mantêm em efervescência as “discussões teóricas sobre o fenô-

⁴² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação* Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p.140

⁴³ Cf. texto publicado por Aurélio Wander Bastos, *O Conceito de Direito e as Teorias Jurídicas da Modernidade*, na revista Curso De Direito da Universidade Estácio de Sá [s.d.]

meno jurídico, o conceito de direito e a reavaliação dos estudos jurídicos como estudos científicos.”⁴⁴

Destarte, com “a necessidade do uso das palavras bem como a força da linguagem,”⁴⁵ Theodor Viehweg e Chaim Perelman retomam o discurso e “com ela podemos reconhecer a dimensão tópico-retórica da matriz pós-positivista.” Ao contrário de um raciocínio lógico-dedutivo, é o esforço da persuasão e do convencimento, que servem de base estrutural para as construções jurídico-decisórias.

A reação ao modelo Kelseniano – corrente pós-positivista – abre duas vertentes: uma com Dworkin e Alexy os quais embasam suas teorias na força normativa dos princípios de direito, na sua potencialidade valorativa; outra com Chaim Perelman que busca nas motivações que sustentam as decisões judiciais a força lógico-legitimante.⁴⁶ Entra em cena um novo pensar, uma nova metodologia jurídica, uma nova visão de filosofia do direito. Nosso trabalho terá carga de expressão sobre a segunda vertente.

A partir do pensamento da Tópica aristotélica de Viehweg e da ‘nova-retórica’ de Perelman, que na última década, “é uma das mais ricas áreas do debate na teoria do Direito”⁴⁷, às idéias jusfilosóficas do positivismo - legalista, epistemologicamente embasadas na concepção moderna cartesiana da razão - então predominantes, vêm-se enfraquecidas em sua hegemonia, ante as insuficiências de paradigmas legais que superassem as dimensões axiológicas do direito. Nasce, portanto, um novo pensamento no campo da filosofia e da metodologia jurídica.

2.1 – A TÓPICA NA VISÃO DE THEODOR VIEHWEG

Para Theodor Viehweg, a tópica aristotélica é uma técnica do pensamento que se orienta para o problema, portanto “uma técnica do pensar problemático.”⁴⁸ É uma técnica de busca de premissas – Cícero – uma mediação prológica. A tópica ensina a encontrar as premissas – *a inventio* – “a lógica as recebe e as elabora.”⁴⁹

⁴⁴ Id. Idid.

⁴⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, op.cit., p.141

⁴⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, op.cit., p.141

⁴⁷ MAIA, Antônio Cavalcanti, Notas sobre direito, argumentação e democracia. In Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org.), *1988-1998 uma década de Constituição*. Rio de Janeiro:Renovar, 1999, p. 399/400.

⁴⁸VIEHWEG, *Theodor, Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento e Imprensa Nacional,1979, p.31

⁴⁹ Id. Ibid., p. 40

Assevera Viehweg que, através do procedimento de aplicação da tópica, as premissas fundamentais se legitimam pela aceitação do interlocutor. A orientação se estabelece pela oposição da parte contrária, e em consequência, tudo o que foi fixado considera-se aceito, não discutido, evidente.⁵⁰ Assim, o Autor qualifica as premissas em: “relevantes”, “irrelevantes”, “admissíveis”, “inadmissíveis”, “aceitáveis”, “defensáveis” ou “indefensáveis”, bem como nos graus etc. “Aqui-lo que em virtude da aceitação ficou provado é admissível como premissa. Entretanto esta aceitação deve partir de um procedimento com princípio verossímil, como no dizer de Vico, citado pelo autor, caso contrário estar-se-ia sob as bases de erro. Na tópica não existe a vinculação ao problema, este se reduz a limites modestos.”⁵¹

A solução do problema requer um jogo de suscitações, razões favoráveis e desfavoráveis para se chegar a uma solução a mais satisfatória, convincente, plausível e razoável ao caso. Esta arte de pensar denomina-se **TÓPICA**. A técnica do desenvolvimento do pensamento é concebida através dos **topoi** – catálogo de argumentos, i.e., máximas aceitas por um entendimento comum que torna a prova possível – universal ou particularmente aplicáveis.⁵²

Os **topoi**, ainda no dizer de Viehweg, tanto gerais como especiais têm a finalidade de servirem a uma discussão de problemas. Por conseguinte devem os topoi ter natureza especial, serem desprovidos de valores transcendentais no círculo do problema discutido, de modo a não perder o seu caráter problemático. A tópica não torna imutável a situação problemática. A vista de uma mudança surgem sempre outros topoi, uma nova orientação do pensamento que pode ser aceita. Portanto intervêm com função auxiliar e seu sentido se faz sentir no problema. A ordem dos problemas é sempre essencial, vez que os topoi podem parecer adequados ou não, ante um raciocínio de que há sempre uma questão aberta para o pensar, nunca é absolutamente imutável, como também, não se vinculam.⁵³

⁵⁰ Id. Ibid., p. 42

⁵¹ Id. Ibid., p. 43

⁵² VIEHWEG, *Theodor, Tópica e Jurisprudência*, p.33 e 37

⁵³ Id. Ibid., p. 38 e 41.

2.2 – A NOVA RETÓRICA E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO EM CHAIM PERELMAN

Kelsen com sua idéia de construir uma teoria pura do direito abstraída de todo valor axiológico e de quaisquer considerações extrajurídicas, trouxe para o debate as idéias, então fincadas do jusracionalismo, fazendo fluir conseqüências paradoxais em torno do tema, como a “concepção tradicional da interpretação jurídica e o papel do juiz na aplicação do direito”⁵⁴ Perelman vai de encontro à teoria do método do pensamento linear, estabelecido pelo *more geométrico* por Descartes, isto é, a filosofia da evidência e se envereda por um raciocínio compatível com vida prática.⁵⁵ Sustenta, o Autor, que não se pode em uma discussão negar ou subtrair os valores simplesmente, mas sim discuti-los e interpretá-los, ao passo que rejeitá-los seria dar primazia ao domínio da força e não da discussão.⁵⁶

Assim, Perelman insurge-se contra o modelo geométrico que menospreza o raciocínio valorativo, visto que se apercebe da sua irracionalidade, que nem tudo é uma demonstração evidente, mas também existem outras relações que não estão sujeitas ao “argumento da indiscutibilidade”, ou seja, estão no âmbito das relações humanas. Perelman, está falando da conduta prática, guiada pela ação moral em relação à tomada de decisão mais adequada e razoável.⁵⁷ A conduta prática, comporta mais de um resultado, mais de um significado a depender das escalas de valores a serem adotadas no problema apresentado. A melhor conduta é a mais razoável, de acordo com o convencimento da justificativa. Para Perelman, as deliberações humanas deixam de ser arbitrárias e demonstram a sua validade à medida que se apresentam por meio de justificativas. O seu fundamento de validade é dado pela força do argumento que a justifica e valoriza.⁵⁸ “No entanto,

⁵⁴ PERELMAN, Chaim, *A Teoria Pura do Direito e a Argumentação*. Texto traduzido do original por Ricardo R. Almeida, no âmbito da linha de pesquisa de retórica e teoria da argumentação do PET-JUR da PUC-RJ, no segundo semestre letivo 1993 – Publicado em PERELMAN, Chaim. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hasn Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.

⁵⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, op.cit., p.194 e 195

⁵⁶ PERELMAN, Chaim, *Tratado da Argumentação A Nova Retórica*, trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 84/85

⁵⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, op.cit., p. 196/7.

⁵⁸ Id. Ibid., p 198

não se trata de analisar técnicas de argumentação simplesmente pela sua eficácia, mas sim pela qualidade valorativa do fundamento que sustenta esta eficácia.”⁵⁹

Perelman, ainda citado por Margarida Camargo, percebe que é do próprio homem deliberar e argumentar, posto que é dotado de razão, enquanto a lógica linear abandona este pensar, ante os limites do raciocínio apodíctico.⁶⁰

Maia, ao interpretar Perelman, assevera que “a perspectiva da nova retórica como metodologia jurídica preocupa-se fundamentalmente com a argumentação das decisões proferidas pelos juízes (em especial dos órgãos jurisdicionais superiores). Investigando a organização do conjunto de argumentos que estribam as sentenças, são destacados os principais mecanismos lógicos, a partir dos quais são encaminhadas as soluções dos litígios. Neste sentido são estudados, por exemplo, os argumentos tradicionais da lógica como: *a pari*, *a fortiori*, *ab absurdo*, *ab inutilli sensu*, *a maiori ad minus* etc. Argumentos estes utilizados freqüentemente pelos juízes em seu trabalho de interpretação dos ditames legais.”⁶¹

Fábio Ulhoa Coelho, ao prefaciá-la edição brasileira da obra de Perelman e Tyteca – *Teoria da Argumentação – A Nova Retórica* - ressalta que a nova retórica oferece oportunidades “inéditas para o conhecimento jurídico”, ante um liame entre a “aplicação da norma e o raciocínio dialético, em sua formulação aristotélica”. No raciocínio dialético, parte-se do pressuposto da inexistência de interpretações jurídicas verdadeiras; não há evidência nas premissas, elas são resultado de um acordo entre o argumentador e seu auditório. A premissa pode ser verossímil, mas nunca verdadeira ou falsa, porque ao conhecimento jurídico não importa saber qual a decisão judicial verdadeiramente derivada da norma geral, excluindo-se as demais falsamente derivadas, o que interessa ao conhecimento jurídico são os meios de sustentar uma decisão, obtendo como resultado a decisão mais justa, equitativa, razoável, oportuna, conforme o direito entre tantas outras possíveis.⁶²

Já na ótica de Maia, a teoria de Perelman procura enfrentar o Direito como um campo onde se pode dispor de possibilidades de resolução de controvérsias, através de uma metodologia mais acurada à descrição da realidade jurídica.⁶³ Citando literalmente Perelman, Maia assevera que o autor procura dar um enfoque a

⁵⁹ Id. Ibid., p. 211

⁶⁰ Id. Ibid., p. 198

⁶¹ Cf. texto de Antonio C. Maia, À *Guisa de Introdução: Notas Sobre Direito, Argumentação e Democracia* (mimium)

⁶² ULHOA, Fábio Coelho, *Prefácio à edição brasileira*, in Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁶³ MAIA, Antônio Cavalcanti, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org.), *1988-1998 uma década de Constituição*. op. cit., p.406

sua teoria, desenvolvendo uma metodologia que, ao invés de se contrapor à prática e à dogmática, inspira-se na prática e se conduz pelos fundamentos jurídicos em direção ao direito, a razão e a justiça, com objetivo de conciliá-los.

Assim, revela-se uma ruptura com a teoria do método cartesiano e se estabelece uma nova concepção racional e retórica da razão prática, como novo paradigma filosófico. Destarte, deixa a razão de ser meramente contemplativa e passa a ser justificadora das convicções das opiniões.⁶⁴

A necessidade de uma motivação cuidadosa das decisões judiciais é também uma exigência do princípio democrático, em vista da importância do crescente papel do Judiciário na vida dos cidadãos e a premência de demonstrar que suas ações não obedecem somente ao formalismo legal, mas também possui legitimidade pela aceitação pública, pois se enquadra dentro de um ambiente democrático ante o amplo debate estabelecido dentro do processo e a razoabilidade da motivação das suas decisões.⁶⁵ Como ressalta Perelman:

Numa visão democrática do direito, que não considera este como o ato de uma autoridade competente, mas que queria, ademais, que as decisões judiciais fossem não só legais, mas também aceitáveis, porque não se opõem categoricamente a valores socialmente reconhecidos, o papel do juiz continental cresce singularmente, e se aproxima do papel do juiz anglo-saxão. Mas, ao mesmo tempo, cresce o papel da argumentação e da retórica na aplicação e na evolução do direito. E essa observação diz menos respeito ao advogado do que ao juiz, forçado, cada vez mais, a uma motivação das sentenças que já não se contenta em mostrar a correção formal, mas se esforça em torná-las convincentes. A exposição de motivos será diferente quando couber convencer a opinião pública do caráter razoável da decisão e quando bastar indicar à Corte de Cassação que a sentença não violou a lei. Ao positivismo jurídico sucede, assim, uma visão menos formalista do direito, que insiste na aceitação das decisões judiciais no meio social ao qual é aplicável o sistema de direito.⁶⁶

⁶⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação* Uma Contribuição ao Estudo do Direito, op. cit., p.198 e 199. A Autora em notas de rodapé faz referências a obra de Rui Alexandre Grácio, *Racionalidade Argumentativa* e a Paulo Roberto Souza Mendonça, *A Argumentação nas decisões judiciais*, Renovar.

⁶⁵ Neste sentido confira também texto de Antonio C. Maia, *À Guisa de Introdução: Notas Sobre Direito, Argumentação e Democracia* (mimeum).

⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 557 e 558.

Nesta nova ótica filosófica legitimadora do direito, o entendimento jurídico de que a positividade do direito é dogmatizada, isto é, estatuída por força própria, deixa de prevalecer para entrar em cena outro aspecto legitimador do direito, a argumentação. Assim, o fenômeno jurídico contemporâneo não pode ser estudado como um puro fenômeno dogmático, mas como uma positividade imersa no próprio processo de modificação do fenômeno social. Por tudo que restou até aqui estudado, dentro da perspectiva da ‘nova-retórica’ e de um procedimento aberto da sociedade, denota-se que a corrente pós-positivista do Direito, calcada em uma interpretação linear do raciocínio cartesiano não mais satisfaz às exigências jurídicas e sociais da atualidade. O pensamento lógico-dedutivo fincado numa preocupação de segurança jurídica, por si só, não pode responder aos anseios de justiça, é necessário que se busque uma nova concepção do direito, um modo de legitimar as decisões judiciais voltadas para a prática e a dinâmica da sociedade. A estas questões responderam os jusfilósofos contemporâneos, abrindo os horizontes da interpretação, voltando-se para uma retomada dos valores, dos princípios gerais do Direito e das diretrizes – que também são normas – encontradas na Constituição, dando a eles a força legitimadora da argumentação, através da tópica-retórica, alvejando no convencimento e na aceitação da comunidade, numa incessante busca democrática.

Destarte, dentro desta nova visão da metodológica jurídica, a sentença judicial encontra sua força, não somente na *potesta* do direito, no seu poder coercitivo, mas também pelo processo de legitimação pública.

CONCLUSÃO:

A proposta deste trabalho foi demonstrar a força da sentença judicial, levando-se em conta dois potenciais de força: a coerção e a legitimação pública.

Ao estudarmos os teóricos do direito a partir do período jusnaturalista, tais como, Thomas Hobbes, Christian Thomasius, Emmanuel Kant, Jhon Austin, Jhering, filósofos da escola clássica da teoria do direito como coerção, assim definida por Norberto Bobbio, constatamos que citados doutrinadores ao definirem o conceito de direito, colocam nele toda uma carga coercitiva e somente a norma coativa é considerada norma jurídica. Portanto a coerção para a escola clássica é um meio para a realização do direito. A distinção estabelecida por Thomasius, entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* é seguida por esses filósofos como norte para fazer a diferença entre moral e direito. Kant utiliza-se das expressões coerção interna para definir a moral e coerção externa para definir o direito. Jhon Austin coloca toda a autoridade do direito no comando emanado do soberano, com capacidade e vontade de que os outros obedeçam e se conduzam conforme tais comandos. Jhering define Estado como “organização social da coação” com o mesmo significado de direito. Para Jhering, o Estado é a sociedade

que detém a força coativa regulada e disciplinada. Jhering, entretanto, ao contrário dos teóricos da escola clássica, não vê a coerção como um meio para a realização do direito, mas a coloca como objeto da norma jurídica.

Com Kelsen a teoria da coerção ganha nova definição, quando anuncia que a coerção é elemento essencial da estrutura da norma jurídica, isto é, objeto da norma e define o direito como uma “ordem coercitiva”, pois, para ele, o direito é uma “técnica social” própria da ordem coercitiva que consiste em obter uma conduta social desejada dos homens, através da ameaça de uma medida de coerção. Alf Ross, seguindo a mesma linha de pensamento de Kelsen, afirma que um sistema jurídico é um sistema de normas referentes à força física. Kelsen construindo uma teoria pura do direito abstrai desta toda valoração subjetiva e metafísica, entendendo que o direito é a norma posta pelo legislador competente e que o indivíduo deve comportar-se em conformidade com ela. Essa filosofia positivista da concepção Kelseniana, busca um resgate à objetividade e à segurança jurídica. Assim, a atividade jurisdicional é exercida dentro de um raciocínio lógico-dedutivo, seguindo o método cartesiano, pondo, por conseguinte, a interpretação jurídica nos limites restritos da lei posta, dentro da moldura legislativa idealizada por Kelsen.

Esse modelo de direito não satisfaz à dinâmica social e aos anseios de justiça, surgem, então, em meados do século XX novas teorias, busca-se um novo paradigma, retomando-se o pensamento Tópico Aristotélico com Theodor Viehweg e a teoria da Argumentação – Nova retórica - com Chäim Perelman.

Surge uma proposta nova de metodologia jurídica, um novo modo de pensar, de raciocinar o problema a partir da práxis; um novo método de interpretação, através das técnicas argumentativas, buscando-se nos fundamentos das decisões judiciais a força lógico-legitimante.

Em última análise, concluímos que os dois prismas da força sentencial, tanto pela coerção como pela legitimação, trazem em si os seus graus de valoração jurídica, vez que buscam a ordem e a paz social. Entretanto não se pode olvidar que a força legitimadora é aquela que responde aos anseios hodiernos da sociedade. É preciso repensar o Direito, reavaliar os estudos jurídicos científicos. Conforme nos referimos, quando da análise da força da sentença pela coerção, ficou ali registrado que o poder coercitivo da sentença advém da força coercitiva da norma jurídica. Aceitar que a força da sentença só vale pela imposição da ameaça da coerção é o mesmo que se estagnar o direito no tempo, paralisar o progresso, petrificar a sociedade. Os homens não são obras esculpidas na pedra; o corpo social é um corpo vivo e se transmuda a partir de novas exigências. Desta forma, não é mais aceitável que o magistrado ainda ande somente com os olhos fixos nos limites estreitos e frios da lei, reconstruindo o pensamento do legislador, prolatando sentenças vazias que não correspondem mais às necessidades emergentes da comunidade. Temos uma nova proposta legitimadora, uma proposta nova porque desperta para a consciência de cidadania e democracia participativa,

porém é uma idéia antiga, ressuscitada de Aristóteles: a Tópica-Retórica. A tópica aristotélica, associada ao método argumentativo de Perelman e Tylenda, faz florescer a nova metodologia jurídica, permite construir o direito vivo⁶⁷ para ser aplicado ao corpo vivo da sociedade. Neste novo modelo o juiz, ao decidir, interpreta a norma, não como uma regra isolada, mas dentro de uma visão do sistema do Direito, na sua mais ampla expressão, fazendo eclodir as amarras normativas, para alcançar valores até então ignorados. O juiz não é somente “a boca da lei”, um reproduzidor da vontade do legislador, um ente acéfalo incapaz de raciocinar. Evoluímos para um estágio social mais elevado. É preciso buscar novos valores, aplicar princípios e diretrizes dando soluções eficazes ao caso concreto. Estamos em tempos de reviver e tornar eficaz o artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro de 1942. Já naqueles idos, alertava-se para os *fins sociais da lei*. A nova proposta metodológica abre espaço para estas atitudes formadoras do Direito, como no dizer Dworkin,⁶⁸ e transformadora da sociedade, utilizando-se, para tanto, a razão prática argumentativa para justificar a decisão, dando a ela a força-legitimadora, através dos argumentos convincentes de sua razoabilidade.

Para tanto, é indispensável que haja plena correspondência entre os fundamentos da decisão e os valores e anseios dos cidadãos, sob o risco de o poder que se funda sobre ela perder sua própria eficácia. Esta correspondência revela o seu preceito democrático, vez que exprime a conformação da vontade geral da sociedade, detentora do poder legitimante.

⁶⁷ Eugen Ehrlich definiu o direito vivo como alguma coisa “em contraste àquele meramente em vigor diante do tribunal e das autoridades. O Direito vivo é o direito que, não fixado embora em proposições jurídicas domina, porém, a vida.” In, SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. Livros Técnicos e Científicos : Rio de Janeiro, 1981, p. 149.

⁶⁸ Ronald Dworkin, em sua obra *O Império do Direito*, ensina que o direito não é esgotado por um catálogo de regras ou princípios dentro de diferentes esferas de comportamento, nem por uma lista de autoridade com poderes sobre parte de nossas vidas, mas é definido por atitudes: **atitude interpretativa ou auto-reflexiva**, dirigida à política no mais amplo sentido, que são tomadas principalmente nos tribunais de apelação e estão dispostas a inspeções, devendo ser onipresente em nossas vidas comuns para servir-nos bem; **Atitude contestadora** – que é a ação contestadora do cidadão responsável ao imaginar quais são os compromissos públicos assumidos pela sociedade ante os princípios e as exigências de tais compromissos em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado pelo reconhecimento do papel criativo dos juizes nas decisões privadas e pelo pressuposto regulador de que aos juizes cabe a última palavra, mas nem por isso é a melhor, daí a retrospectiva de natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais; **Atitude construtiva** – que tem por finalidade, através da interpretação, de colocar o princípio acima da prática, mostrando o melhor caminho para um melhor futuro, ao tempo em que se tem boa-fé com relação ao passado; **Atitude fraterna** – é a demonstração de união na comunidade, apesar dos diferentes projetos, interesses e convicções individuais. Em síntese, conclusiva, estas são as idéias contributivas de Dworkin para a compreensão do que é direito. Ronald, Dworkin, *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Aurélio Wander, *O Conceito de Direito e as Teorias Jurídicas da Modernidade*, Revista Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. [s .d.]
- BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito.
- _____, *Direito do Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, tradução, Alfredo Fait – São Paulo: Mandarim, 2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 2ª Ed. Rio de Janeiro. São Paulo, Renovar: 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos em Serio*, tradução de Marta Gustavino, 2ª reimpresión, Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- _____, *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2001, p.121.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. São Paulo: ed. Abril Cultural, 1979.
- IHERING, Rudolf Von, *A Finalidade do Direito*. Trad. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro. Ed.Rio,1979.
- KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org.), *1988-1998 uma década de Constituição*. Rio de Janeiro:Renovar, 1999.
- _____, *À Guisa de Introdução: Notas sobre Direito, Argumentação e Democracia* (in mimum)
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996
- _____, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação A Nova Retórica*, trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins fontes, 1996.
- _____, *A Teoria Pura do Direito e a Argumentação*, texto traduzido do original por Ricardo R.Almeida, no âmbito da linha de pesquisa de retórica e teoria da argumentação do PET-JUR da PUC-RJ, no segundo semestre letivo 1993 – Publicado em PERELMAM, Chäim. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and Internacional Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Kanoxville, 1964.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. Livros Técnicos e Científicos: Rio de Janeiro, 1981.

ULHOA, Fábio Coelho, *Prefácio à edição brasileira*, in Chäim Perelmam e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VIEHWEG, *Theodor, Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.